

A Lei nº 13.303/2016 e as sociedades de economia mista: aspectos societários, controle e eficiência*

The Brazilian Law Nº 13.303/2016 and mixed-economy companies: corporate aspects, control and efficiency

*Marcia Carla Pereira Ribeiro***

*Rodrigo Fernandes Lima Dalledone****

* Artigo recebido em 19 de março de 2018 e aprovado em 13 de setembro de 2018. Artigo desenvolvido na vigência do projeto Regulação de Riscos Empresariais no âmbito da atividade de Pesquisa e Desenvolvimento para a Inovação (Chamada Pública 21/2012) da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80053>.

** Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br. Professora titular de direito societário (PUC/PR), graduação, mestrado e doutorado; professora associada de direito empresarial (UFPR), graduação, mestrado e doutorado; pós-doutorado pela FGVSP (2006) e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012); pesquisadora conv. (Université de Montréal – CA, 2007); advogada.

*** Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: rfdalledone@gmail.com. Mestre e doutorando em direito pela UFPR. Juiz de direito.

RESUMO

O artigo analisa algumas das alterações trazidas pela Lei nº 13.303/2016 ao desenho societário das empresas estatais, com estreitamento temático no aspecto do controle do funcionamento institucional e dos resultados das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Para tanto, optou-se pelo método descritivo, por meio do registro e análise das principais inovações da referida lei no aspecto societário. A partir dos aportes trazidos por Luigi Zingales a propósito do aperfeiçoamento social decorrente do sistema de livre mercado, o artigo sustenta que a nova legislação tem o potencial de aprimorar o papel desempenhado pelas empresas estatais na construção do desenvolvimento nacional, o que, todavia, não prescinde de uma efetiva mudança cultural.

PALAVRAS-CHAVE

Empresas estatais — sociedades anônimas — Lei nº 13.303/2016 — controle — desenvolvimento

ABSTRACT

This article analyzes some of the changes introduced by Law No 13.03/2016 to the corporate design of state-owned enterprises, with a thematic narrowing in the controlling of the institutional functioning and results of mixed - economy companies exploiting economic activity. For this, the descriptive method was chosen, through the analysis of the main innovations of the Law in the corporate aspect. Based on Luigi Zingales' contributions to social improvement resulting from the free market system, the article claims that the new legislation has the potential to improve the role played by state enterprises in the construction of national development, which, however, depends on a cultural change.

KEYWORDS

State-owned companies — anonymous society — Law No 13,303/2016 — control — development

1. Introdução

As sociedades estatais estão fortemente relacionadas com a história econômica nacional. Já foram a opção governamental essencial para o desenvolvimento da economia, especialmente nos anos 1950 e 1960, em razão da ausência de investimentos privados em determinados setores essenciais, assim como, nos anos seguintes, a expressão da identidade nacional em empresas de grande visibilidade, como as estatais voltadas ao setor de energia, de transporte aéreo e das comunicações.

No entanto, a partir dos anos 1990, seguindo uma tendência mundial, o Estado brasileiro foi obrigado a rever seu papel de agente econômico, em face da necessidade de os recursos públicos, porém escassos, serem direcionados a outros campos indispensáveis aos objetivos desenvolvimentistas, inclusive no que diz respeito aos programas sociais.

É inevitável que se conclua que nos dias atuais a prática direta da atividade econômica deva ser prioritariamente desenvolvida pelo agente privado, concentrando-se o Estado mais em sua atividade regulatória do que de exercício direto da atividade econômica.

Porém, ao mesmo tempo que se está ainda distante de um modelo ideal de relacionamento entre Estado e empresa privada, e ainda que a prevalência da prática econômica esteja sob titularidade do agente econômico, as sociedades estatais perduram em grande número no Brasil.

Algumas dessas sociedades ostentam a conjugação do capital público ao capital privado, com a preservação do controle em mãos da pessoa jurídica de direito público; outras se mantêm exclusivamente em mãos do Estado. Por outro lado, algumas têm por objeto atividade que também é desempenhada, ou poderá sê-lo, pelo particular num regime de concorrência, enquanto outras, cada vez mais raras, não encontram rivalidade em seu exercício.

Por outro lado, a proximidade com o Estado e, por consequência, com os agentes políticos influencia a forma de gestão das estatais, no momento em que os interesses da empresa, de seus acionistas e o interesse público que justificou a sua criação são confrontados por interesses partidários ou particulares, gerando situações de conflito de interesses ou conflito de agência.

A Lei nº 13.303/2016 é editada no Brasil num momento de grande comoção social em decorrência da divulgação de ações criminosas perpetradas por meio de empresas estatais, com a geração de prejuízos não apenas para as empresas e seus acionistas, como também, por via indireta, ao Estado, já que muitas dessas ações acobertaram superfaturamentos e desvios de recursos.

A Lei das Estatais (LE) busca evitar que as sociedades estatais sejam desvirtuadas em suas finalidades, e, de forma mais evidente, sejam afastadas das práticas de boa gestão.

O artigo, a partir das alterações introduzidas pela LE, volta-se à análise da potencialidade de se atingir os efeitos pretendidos pelo legislador, por meio de mudanças e imposições no âmbito da gestão das estatais e do controle de seus resultados. Pretende destacar, ainda, os efeitos esperados em relação à competitividade das empresas estatais sujeitas ao mercado.

A proposta, portanto, é examinar se no caso brasileiro a Lei das Estatais (LE) (Lei nº 13.303/2016) efetivamente pode contribuir para evitar ou mitigar eventuais situações de capitalismo desvirtuado, ou de compadrio, e para dar maior transparência e eficiência à atuação estatal, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

O foco recairá na atuação empresarial por intermédio das sociedades de economia mista (no âmbito restrito das atividades econômicas em sentido estrito), ao permitirem a conjugação de esforços do Estado e da iniciativa privada na seara econômica, com vistas a um direcionamento mais eficiente de recursos escassos e ao atingimento de interesses públicos relevantes. Nos tópicos que se apliquem indistintamente às sociedades de economia mista e às empresas públicas, contudo, o texto fará referência ao gênero empresa estatal.

O trabalho será estruturado em capítulos que introduzem o contexto brasileiro, para, no capítulo 3, apresentar uma breve análise das principais alterações impostas pela LE ao desenho institucional das sociedades de economia mista; no capítulo 4 terá lugar o exame das principais inovações trazidas pela LE no que respeita à eficiência e ao controle interno das empresas estatais; o capítulo 5 versará sobre a redefinição do papel das empresas estatais sob o enfoque da prevalência do ambiente concorrencial e as considerações finais serão trazidas no capítulo 6.

2. Contexto brasileiro

Vige no Brasil um sistema de capitalismo de Estado,¹ no qual o poder público atua na economia de forma direta (por meio do exercício de atividade

¹ Musacchio e Lazzarini definem “capitalismo de Estado” como o sistema caracterizado pela “influência difusa do governo na economia, seja mediante participação acionária ou

econômica, instrumentos de oxigenação do setor público)² ou indireta (em linhas gerais, pela regulação, planejamento e fomento).

A Constituição da República de 1988 consagrou o sistema de produção capitalista, centrado na propriedade privada dos meios de produção e na livre concorrência (art. 170, incs. II e IV), reservando ao Estado o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica” (art. 174, *caput*), cuja atuação direta está autorizada apenas para assegurar “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, assim definidos por lei (art. 173, *caput*).

Ou seja, enquanto aos particulares é reconhecido, como regra, o amplo exercício de atividades econômicas, ao Estado só é dado explorar diretamente uma dada atividade econômica de forma subsidiária, nas restritas hipóteses assinaladas pelo texto constitucional.³

E, para tanto, o Estado deve se valer necessariamente das empresas estatais, gênero do qual são espécie as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Ambas devem ser criadas por lei (CF, art. 37, inc. XIX) e ostentam personalidade jurídica de direito privado, mas enquanto nas empresas públicas o capital social é integralmente detido por algum dos entes federados, nas sociedades de economia mista o controle acionário pertence aos entes públicos e parte do capital social é titulada pelos privados (o que é compatível com a forma de sociedades anônimas).

As empresas estatais desempenham importante papel nos sistemas capitalistas, seja por meio da correção de falhas de mercado (fornecendo produtos e serviços nas hipóteses de limitação do setor privado), seja pela

majoritária nas empresas, seja por meio de fornecimento de crédito subsidiado e/ou de outros privilégios a negócios privados”. MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. *Reinventando o capitalismo de estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015. p. 10.

² Conforme SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In. ____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 275-277.

³ Como esclarece Eros Grau, a expressão “atividade econômica” corresponde a um gênero de que são espécies os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito. O art. 173 da Constituição da República trata da segunda, isto é, “[...] de atuação do Estado — isto é, da União, do Estado-membro e o Município — como agente econômico, em área de titularidade do setor privado”. GRAU, Eros. Constituição e serviços públicos. In. ____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 251. No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. Intervenção no domínio econômico — Sociedade de Economia Mista — abuso do poder econômico (parecer). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 310-311, abr./jun. 1998. Conquanto muitas das considerações do texto possam ser aplicadas indistintamente às duas hipóteses, a análise será centrada nos casos em que as sociedades de economia mista têm por objeto a exploração de atividade econômica em sentido estrito.

implementação de políticas públicas (como o desenvolvimento setorial ou a criação de empregos), sem que com isso percam sua feição empresarial, voltada à consecução de atividades rentáveis.

Isso faz com que as empresas estatais, especialmente as de economia mista, conjuguem características de difícil conciliação, na medida em que apresentam “um comportamento oscilante entre sua face estatal — que a leva a realizar objetivos políticos e de natureza macroeconômica, e sua face empresarial — que privilegia interesses particulares [...]”.⁴ Além dessa feição particular, as sociedades estatais encontram-se fortemente sujeitas às motivações de ordem política, e, a partir da experiência vigente, a desvios de recursos públicos.

Por estarem submetidas de forma concomitante a exigências e estímulos diversos, provenientes do processo político e do setor produtivo, as empresas estatais demandam um nível intenso de fiscalização e mensuração de resultados, sobretudo no caso brasileiro, em que a atuação direta estatal ainda cobre uma vasta gama de setores econômicos.

Levantamento da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest), órgão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no âmbito da Federação, demonstra que no terceiro trimestre de 2017 o país contava com 149 empresas estatais federais, sendo 48 delas controladas diretamente pela União, atuando nas áreas de saúde, abastecimento, comunicações, indústrias de transformação, portuária, financeira, comércio e serviços, energética e de petróleo e derivados.⁵

Esse quadro, ao suscitar o conhecido debate sobre o tamanho do Estado,⁶ traz à luz a questão da fiscalização e da aferição de resultados das empresas estatais, sobretudo se considerados dois dados recentemente noticiados pela imprensa.

O primeiro deles, voltado aos bancos oficiais, indicava a predominância de indicações políticas, constando que “[n]a maioria dos casos, os executivos são funcionários de carreira, mas só chegam a cargos de chefia na instituição após serem apadrinhados por algum parlamentar”.⁷

⁴ ABRANCHES, Sérgio Henrique. A questão da empresa estatal: economia, política e interesse público. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 19, p. 97, out./dez. 1979.

⁵ *Boletim das Empresas Estatais*, n. 4, 2017. Disponível em: <www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais>. Acesso em: 29 jan. 2018.

⁶ Sobre os recentes movimentos de desestatização nacional: DALLEONE, Rodrigo Fernandes Lima. O Programa de Parceria de Investimentos (PPI) e o papel do Estado na economia. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, a. 15, n. 57, p. 191-204, jan./mar. 2017.

⁷ ESTADO DE SÃO PAULO. Indicações políticas ainda predominam em bancos estatais. B3. 26 jan. 2018. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,indicacoes-politicas-ainda-predominam-em-bancos-oficiais,70002166048>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

O segundo trazia um estudo realizado pela Instituição Fiscal Independente (IFI), instância de controle vinculada ao Senado Federal, demonstrando que nos anos de 2015 e 2016 a União “direcionou mais de R\$ 40 bilhões para manter as estatais federais”.⁸⁻⁹

O primeiro dos exemplos parece ir de encontro ao princípio da livre concorrência que serve de norte à ordem econômica (CF, art. 170, III), já que o artigo jornalístico menciona que as conexões políticas foram determinantes para o acesso aos cargos de chefia, critério que, por si só, é incompatível com os primados de eficiência e que pode abalar a competitividade da empresa.

No segundo caso, volta a lume a questão dos resultados das empresas estatais e sua efetiva contribuição para o desenvolvimento do país, já que em muitas situações a pessoa jurídica de direito público é obrigada a direcionar recursos públicos, os quais, em última análise, poderiam estar voltados a políticas sociais relevantes, para uma atividade que, caso estivesse sujeita a uma boa administração, não dependeria de aportes públicos regulares.

3. Visão geral dos aspectos societários na Lei nº 13.303/2016

Em atenção ao comando do art. 173, §1º, da Constituição da República, foi promulgada a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (aqui referida como “LE”), que “[d]ispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

No que respeita ao regime societário das empresas estatais, a norma traz uma série de disposições que derogam parte do regime geral da Lei das Sociedades Anônimas,¹⁰ criando um estatuto jurídico diferenciado, cuja ênfase recai sobre regras de governança corporativa e de transparência, práticas de gestão de riscos e de controle interno, bem como nos mecanismos de proteção dos acionistas (LE, art. 6º).

⁸ LIMA, Flávia. Nos últimos 2 anos, estatais custaram R\$ 40 bilhões à União. *Folha de S.Paulo*, 9 jan. 2018. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/01/1949017-nos-ultimos-2-anos-estatais-custaram-r-40-bilhoes-a-uniao.shtml>. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁹ O Relatório de Acompanhamento Fiscal da IFI está disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535500/RAF11_DEZ2017_pt08.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

¹⁰ Sobre o tema: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das companhias ou sociedades anônimas*. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38-39.

Doravante, portanto, as empresas estatais passam a ser disciplinadas por um microsistema próprio, formado pela Lei nº 13.303/2016 e pelo decreto que a regulamenta (Decreto nº 8.945/2016), e, subsidiariamente, pela Lei nº 6.404/1976 (LSA) e pela Lei nº 6.385/1976.¹¹

As sociedades anônimas, disciplinadas pela LSA, são caracterizadas pela divisão do capital social em ações (art. 1º), o que favorece a aglutinação de recursos e as vocaciona para o financiamento de empreendimentos de grande porte.¹² Vem daí a previsão de que o objeto da companhia deve estar sempre relacionado com uma atividade empresarial de fim lucrativo (art. 2º).

Como já mencionado, as sociedades de economia mista devem necessariamente se revestir da forma da sociedade anônima, em razão de tratar-se de uma estrutura compatível com a conjugação de capitais públicos e privados (LE, arts. 4º, *caput*, e 5º).¹³

O fato de necessitarem de prévia autorização legal para serem criadas impõe o primeiro marco distintivo das sociedades de economia mista: seu objeto social não é definido pelos acionistas, mas sim pelo Poder Legislativo, por iniciativa do Poder Executivo, que deve definir de “forma clara” qual é o “relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional” que demanda a intervenção direta estatal naquele específico segmento da atividade econômica (LE, arts. 2º, §1º, e 27, *caput*).

E a própria LE traz os referenciais para a definição do que seja “relevante interesse coletivo” para fins de criação das empresas estatais (art. 27, §1º).

O *alcance do bem-estar econômico* leva em conta a comunidade existente na área de abrangência da empresa. O critério, importa notar, não diz respeito necessariamente ao aspecto geográfico, mas sim ao de mercado relevante, isto é, do setor da economia impactado (direta ou indiretamente) pela atuação empresarial do poder público. Assim, é recomendável que a lei autorizadora,

¹¹ Nesse sentido, reza o art. 10, *caput* e §2º, do Decreto nº 8.945/2016: “Art. 10. A sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima e estará sujeita ao regime previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, exceto no que se refere: I — à quantidade mínima de membros do Conselho de Administração; II — ao prazo de atuação dos membros do Conselho Fiscal; e III — às pessoas aptas a propor ação de reparação por abuso do poder de controle e ao prazo prescricional para sua propositura. [...] §2º Além das normas previstas neste Decreto, a empresa estatal com registro na Comissão de Valores Mobiliários — CVM se sujeita ao disposto na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.”

¹² BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 10 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 215.

¹³ Conquanto as empresas públicas possam adotar qualquer forma societária prevista em lei, o art. 10, *caput*, do Decreto nº 8.945/2016 prevê que “[a] empresa pública adotará, preferencialmente, a forma de sociedade anônima, que será obrigatória para as suas subsidiárias”, o que serve a demonstrar que o tipo societário em questão favorece a fiscalização do patrimônio estatal, sobretudo em razão do sistema estruturado pela Lei nº 13.303/2016.

à vista do aspecto subsidiário da atuação direta do Estado na seara econômica, traga uma análise do potencial impacto da criação da empresa sobre um determinado segmento, cotejando analiticamente os custos envolvidos e os benefícios projetados, o que servirá, inclusive, na elaboração das cartas anuais a que alude o correlato art. 8º, inciso I. Trata-se de uma ferramenta que busca privilegiar os resultados decorrentes da criação da empresa em relação aos potenciais beneficiários.

A *alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública* diz respeito à “economicidade”, conceito que procura conjugar aspectos éticos, políticos e econômicos e que não se restringe aos resultados financeiros da companhia.¹⁴ O que está em causa não são apenas indicadores econômicos resultantes de uma específica atuação empresarial do Estado, mas a demonstração objetiva de que os recursos empregados serviram à concreção de uma dada política pública e à obtenção do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e à redução de desigualdades sociais e regionais, objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição da República, que, ao fim e ao cabo, devem servir de norte ao legislador e ao gestor público.

A menção à alocação socialmente eficiente traz para o âmbito legislativo a percepção de que os recursos geridos pela sociedade são a ela destinados por uma opção administrativa tomada em face de recursos escassos (denotando uma opção entre vários investimentos necessários) que encontrará justificativa na eficiência social associada.

Vale notar que a aderência da atuação empresarial do Estado a critérios econômico-financeiros mensuráveis objetivamente, com a fixação de instâncias escalonadas de controle, é uma das características mais marcantes da nova legislação (arts. 8º, incs. I, III e VIII e IX; 9º, *caput*, inc. II e §3º, inc. II; art. 13, III; 18, §4º; 23, *caput* e §2º; 24, §1º; 85 a 89).

Já a *ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista* indica que a ampliação da base de usuários e a democratização do consumo em determinado setor não podem se dar em detrimento da racionalidade econômica que subjaz à atuação empresarial. Isto é, se o lucro não é o único

¹⁴ “Dessa forma, a *economicidade* constitui critério de eficácia econômica, na medida em que sua elaboração deve levar em conta, necessariamente, a racionalidade das relações entre meios e fins. Deve o critério de *economicidade* indicar com que viabilidade os meios estão efetivamente ajustados aos fins da sociedade de economia mista. Temos então que, na sociedade de economia mista, os *fins* são sociopolíticos (interesse da coletividade), e os *meios*, econômicos.” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades por ações*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, t. I, p. 405.

móvel (e quiçá nem o mais importante) das empresas estatais, ao mesmo tempo não pode ser desconsiderado por seus administradores, em prejuízo dos acionistas minoritários e do próprio povo. Vale dizer, especialmente em relação às sociedades de economia mista que pressupõem a existência de investimentos privados, a busca pela ampliação do acesso aos consumidores não pode descuidar da sustentabilidade econômica do empreendimento, sob pena de se inviabilizar a conjugação do objetivo público com o capital investidor privado.

Porém, mesmo relativamente às empresas de capital totalmente público, resultados deficitários são indesejáveis pelos motivos apontados no comentário à diretriz anteriormente destacada, uma vez que terão por consequência a necessária realocação de recursos escassos do erário, a fim de garantir a continuidade da atividade econômica.

Por fim, o *desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada*, confirma a preocupação do legislador com o equilíbrio dos objetivos macro e microeconômicos, indicando não apenas que nenhum deles pode ser suprimido para a realização de outro, mas também que a atuação empresarial do Estado é vocacionada à redução de assimetrias e à obtenção do desenvolvimento, devendo o legislador se desincumbir do ônus argumentativo de comprovar, de forma objetiva e mensurável, que a opção eleita é a mais indicada para a concreção dos objetivos pretendidos. A determinação legal afasta-se da premissa de protecionismo absoluto ao emprego de tecnologia nacional, condicionando-o a justificativas de ordem econômica de forma a permitir que alternativas eficientes prevaleçam sobre opções nacionais menos funcionais.

O art. 27, §1º, do qual foram extraídas as diretrizes para a definição do relevante interesse coletivo, aparece na LE no Capítulo da Função Social da empresa estatal. Logo, a função social das estatais confunde-se com a motivação de sua criação, diferentemente do conceito tradicional de função social que normalmente aparece relacionado com os efeitos produzidos pelo instituto jurídico, como é o caso da função social da propriedade, da função social da empresa ou do contrato.¹⁵

¹⁵ Esse aspecto é determinante no controle finalístico da atuação empresarial do Estado, que deve ser orientado pelos parâmetros da eticidade das condutas dos dirigentes e pela obtenção de resultados socialmente compatíveis com a magnitude dos recursos manejados, até mesmo para que os cidadãos verifiquem o acerto da opção do legislador pela atuação direta em determinado setor da economia. Nas palavras de Lamy Filho, “[...] impõe-se que o cumprimento dos deveres sociais das empresas e a lealdade na busca do interesse público

Diante dos imperativos de publicidade e eficiência insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição da República, é forçoso reconhecer que o art. 2º, §1º, da LE impõe aos legisladores o ônus argumentativo adicional de esclarecer *por que* a atuação empresarial direta do Estado é necessária, *como* deve ser desenvolvida e *com quais objetivos* (que são justamente os “objetivos de políticas públicas” a que se refere o art. 8º, inciso I, da LE), sob pena de descumprimento do art. 173, §1º, da Constituição da República.¹⁶

E esse passará a ser o norte da atividade empresarial, que deve obrigatoriamente constar do estatuto da companhia (Decreto, art. 5º), e servirá como arrimo da carta a ser elaborada anualmente (LE, art. 8º, inc. I), por meio da qual o Conselho de Administração assume o compromisso de atingir aqueles objetivos, indicando os meios que serão empregados, quais os impactos daí decorrentes e quais serão os marcadores disponíveis para mensurar a eficiência da atuação empresarial.

Ou por outra, a carta anual se presta a dar concreção àqueles objetivos genericamente delineados na lei autorizadora, definindo metas e ajustando os rumos a serem seguidos pela companhia, e esclarecendo aos demais acionistas e à comunidade quais recursos serão aplicados neste desiderato e quais serão as consequências desta opção (ou, na dicção da lei, quais serão os “impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos”), tudo com vistas a permitir o controle dos resultados e da regularidade da atuação empresarial do poder público. Não é por outra razão, aliás, que o art. 8º, §1º, da Lei nº 13.303/2016 diz que “[o] interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do *caput*”.

A lei autorizadora da criação de sociedade de economia mista deverá fixar o alcance e limitações do respectivo estatuto social, que necessariamente deverá preencher os requisitos arrolados no art. 13 da LE e no art. 24 do

ascendam com a eficiência a critérios básicos e distintivos entre a boa e a má corporação, entre a idônea e a inidônea — e que se privilegiem as boas como sanção das más.” LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 60, out./dez. 1992.

¹⁶ “O conceito de interesse público aplicado às empresas estatais deve priorizar a dimensão institucional, sem se confundir com o interesse do Estado definido em função de linha política adotada por determinado governo, ainda que eleito de forma democrática. O interesse público empresarial exige maior estabilidade, não podendo ficar ao sabor de conveniências político-partidárias de caráter sectário e transitório”. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 229.

Decreto. Observe-se que esta, como também algumas outras novidades trazidas pela LE, já mereceu a crítica da doutrina, pois o texto constitucional “prevê a necessidade de lei para a criação da sociedade estatal e não para a definição do conteúdo do estatuto”.¹⁷

Ainda sob o aspecto de sua estruturação, a LE e seu decreto regulamentador fixam alguns parâmetros organizacionais de observância obrigatória pelas empresas estatais, demonstrando marcante preocupação com a prática da governança corporativa,¹⁸ tema a que se voltará mais adiante.

As sociedades estatais se caracterizam, como visto, pelo poder concentrado nas mãos de uma pessoa jurídica de direito público. Observam Comparato e Salomão Filho que nas sociedades anônimas o poder é exercido em três níveis diversos: o da participação no capital, do controle e da direção.¹⁹

Ou seja, na estrutura societária das companhias existe uma divisão de poderes em planos distintos, que atuam de forma concorrente, num sistema de limitações e condicionamentos recíprocos, de modo a orientar as atividades empresariais à consecução de seus objetivos. Esses planos são identificados com os acionistas, o controlador e a diretoria, e têm reflexos no aspecto organizacional das companhias.

Os acionistas, na condição de detentores de uma parcela do capital social, têm direito de voto,²⁰ de participação nos lucros da empresa e de fiscalizar a condução dos negócios e resultados da companhia (arts. 109 da LSA).²¹

¹⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Dogmática no século XXI: A lei versus a prática nas sociedades estatais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 220, p. 204, out./dez. 2018.

¹⁸ O termo é aqui adotado no sentido de “sistema de organização de uma sociedade anônima que objetiva absoluta transparência nas regras que governam as relações dos altos executivos e sua conduta com os acionistas, os empregados e a sociedade”. LACOMBE, Francisco. *Dicionário de negócios*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 317.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 41.

²⁰ O direito ao voto é uma espécie de “direito político” assegurado apenas aos titulares das ações ordinárias (LSA, art. 110), pois o art. 111, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 estabelece que “[o] estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições”. Por isso, ainda que classifique o voto como um predicado da ação, Jorge Lobo destaca sob um viés contratualista: “o direito de voto é um direito essencial, intangível, inderrogável e irrenunciável do acionista titular de ações ordinárias e do preferencialista de companhias em que o estatuto não negue ou restrinja o direito de participar das deliberações sociais no âmbito da assembleia-geral de acionistas”. LOBO, Jorge. *Direito dos acionistas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 94. Feita a ressalva, e para fins de análise do funcionamento interno das sociedades de economia mista, o voto será considerado direito dos acionistas minoritários, com a ressalva de que sua efetiva caracterização deverá ser feita no caso concreto.

²¹ Carvalhosa aponta a existência de cinco categorias de direito dos acionistas: a) *direitos individuais*, de caráter irrenunciável e comuns a todos os acionistas; b) *direitos da minoria*, que

O conjunto de acionistas forma a *Assembleia Geral*, que se reúne nos termos e com a periodicidade indicados no respectivo estatuto e na LSA (art. 121), e tem a função de deliberar sobre as questões de interesse da companhia, previstas no art. 122 da LSA, entre as quais está a remuneração dos administradores (Decreto, art. 27, §1º).

E o art. 27, §3º, do Decreto dispõe que “[t]oda empresa estatal disporá de Assembleia Geral, que será regida pelo disposto na Lei nº 6.404, de 1976, inclusive quanto à sua competência para alterar o capital social e o estatuto social da empresa e para eleger e destituir seus Conselheiros a qualquer tempo”.

De outro lado, a LE repete a obrigatoriedade do *Conselho de Administração* na estrutura das sociedades de economia mista, o que já era previsto pelo art. 239 da Lei nº 6.404/1976.²² A novidade passa a ser sua composição, de no mínimo sete e no máximo 11 membros (art. 13, inc. I), afastando a previsão do art. 140, *caput*, da LSA. É vedada a existência de membros suplentes para o colegiado (Decreto, art. 32, §2º).

A maioria dos membros do colegiado é eleita pelos votos do poder público, previsão que logicamente decorre da superioridade de sua participação acionária e que veio assentada no art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.353/2010.

Ao menos um dos conselheiros será eleito pelos acionistas minoritários (LE, art. 19, §2º; Decreto, art. 33, inc. II), se maior número não for alcançado pelo mecanismo do voto múltiplo (LSA, art. 141),²³ enquanto um dos conselheiros será eleito escolhido entre os “empregados ativos” da sociedade de economia mista que disponha de um quadro de mais de 200 “empregados próprios” (LE, art. 19, *caput* e §1º; Lei nº 12.353/2010, arts. 2º, §1º, e 5º; Decreto, art. 33, inc. I).

Nesse ponto é necessário um esclarecimento: a regra de que o colegiado será composto ao menos por um conselheiro eleito pelos acionistas minoritários

pressupõem que o acionista não seja detentor do poder de controle e nem integre o grupo controlador; c) *direitos próprios de classes de acionistas*; d) *direitos gerais de dissidência*; e) *direitos coletivos*. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 335 e ss.

²² A ressalva fica por conta das empresas subsidiárias de capital fechado, nas quais a constituição do Conselho de Administração é facultativa (Decreto nº 8.945/2016, arts. 24, §1º, e 31).

²³ Segundo Carvalhosa, “[o] voto múltiplo é o processo pelo qual se dá a cada acionista um total de votos correspondente ao número de suas ações votantes multiplicado pelo número de cargos do Conselho de Administração. Como já se referiu, o objetivo que se procura alcançar com o voto múltiplo é a representação proporcional dos minoritários, titulares de, no mínimo, 10% das ações votantes no Conselho de Administração”. Modesto Carvalhosa, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, op. cit., p. 115.

e por um conselheiro eleito pelos empregados ativos deve ser conjugada com a previsão do art. 22, *caput*, da Lei das Estatais, que reserva 25% das cadeiras do colegiado para os “conselheiros independentes”, assim entendidos, *grosso modo*, como aqueles que não tenham certas espécies de vínculos (pessoais ou profissionais) com o aparato estatal ou seus integrantes (§1º). Caso haja opção pelo exercício de voto múltiplo (LSA, art. 141), haverá necessidade de somente um conselheiro independente.²⁴

E os conselheiros eleitos pelos empregados não podem ser considerados para o cômputo das vagas destinadas aos conselheiros independentes, ao contrário do que ocorre com os membros eleitos pelos minoritários (LE, art. 22, §§3º e 4º).

O prazo de gestão dos membros do Conselho de Administração não será superior a dois anos, unificado para todos os membros, sendo permitidas até três reconduções consecutivas (LE, art. 13, inc. VIII; Decreto, art. 24, inc. VI).

Ao estabelecer que a administração das empresas estatais é exercida pelos “membros do Conselho de Administração e da diretoria” (art. 16, p. único), a Lei das Estatais inovou ao exigir dos administradores um extenso rol de requisitos, além de “reputação ilibada e de notório conhecimento” (art. 17, *caput*).

E os requisitos, que se aplicam a todos os diretores e conselheiros (independentemente de sua origem — Decreto, art. 28, §6º), podem ser agrupados da seguinte maneira:

a) *requisitos profissionais* (art. 17, inc. I), demonstrados pela experiência profissional, por prazos variáveis, na área de atuação da companhia ou em atividades direta ou indiretamente a ela relacionadas (alíneas “a” ou “c”), ou pela ocupação de determinados cargos (constantes da alínea “b” do dispositivo), o que, presume-se, confere a seus antigos detentores a *expertise* necessária para fazer frente aos desafios de gestão das empresas públicas.

O dispositivo erige classes de experiência diversas, cujos períodos de duração, a teor do art. 28, §§2 e 3º, do Decreto, não podem ser somados para fins de atingimento das exigências legais.

²⁴ A técnica legislativa utilizada acabou por restringir o alcance da previsão, pois se o fundamento da existência de conselheiros independentes é a redução da ascendência do acionista controlador sobre o colegiado com o fito de garantir a consecução dos objetivos sociais, “[...] basta ao controlador requerer a faculdade (que não é exclusiva do minoritário) para reduzir o número de cargos destinados aos conselheiros independentes, caso tenha mais de quatro integrantes definidos para o Conselho de Administração, de dois ou mais para apenas um conselheiro independente”. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves. Dogmática no século XXI: A lei versus a prática nas sociedades estatais, op. cit., p. 208.

b) *requisito acadêmico* (art. 17, inc. II), identificado com titulação, em grau de graduação ou pós-graduação, em área do conhecimento “compatível com o cargo para o qual foi indicado”, o que deverá ser comprovado por certificado emitido por entidade credenciada pelo Ministério da Educação (Decreto, art. 62, §3º).

c) *requisitos pessoais* (art. 17, inc. III), aferíveis, *a contrario sensu*, pelo não enquadramento nas hipóteses gerais de inelegibilidade descritas no art. 1º, *caput*, inciso I, da Lei Complementar nº 64/1990 e nas situações indicadas no art. 147, §§1º e 2º, da LSA.

A par dessas exigências, a Lei nº 13.303/2016 consagra uma série de *vedações* à indicação para os cargos administrativos das empresas estatais (Conselho de Administração, independentemente da origem, e diretoria), relacionadas com aspectos pessoais e profissionais (art. 17, §2º; Decreto, art. 29).

Avulta aqui a preocupação com os princípios da impessoalidade e transparência, na medida em que a existência de vínculos de parentesco ou a atividade prévia em determinados segmentos autoriza a presunção da falta de imparcialidade para a tomada das decisões necessárias à consecução dos objetivos sociais.

De outro lado, a necessidade de constante aperfeiçoamento pessoal dos membros da administração das empresas estatais, que devem frequentar, no ato da posse e depois anualmente, de “treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei nº 12.846 [...], e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista” (LE, art. 17, §4º; Decreto, art. 42).

Em todos os casos de indicação referidos pela LE, a comprovação do preenchimento dos requisitos e da inexistência de vedações deve ser feita documentalmente (com o arquivamento de cópias autênticas dos documentos na sede social — LSA, art. 147, *caput*), por meio do preenchimento de formulários padronizados (Decreto, arts. 22, inc. I; §§1º e 4º, e 30).

Além disso, o referido conselho, órgão colegiado que exerce funções administrativas e deliberativas de forma indelegável (LSA, arts. 138 e 139),²⁵

²⁵ “O Conselho de Administração, quando presente na organicidade social, seja por opção dos acionistas, seja por imposição legal, exerce funções deliberativas e de ordenação interna da companhia. [...]. No exercício de sua função deliberativa, o conselho encontra-se legitimado a tomar decisões sobre matérias de interesse da companhia, à exceção daquelas que integram o regime de competência privativa da Assembleia Geral. Situa-se, assim, em posição intermediária entre a Assembleia Geral dos acionistas e a diretoria.” CAMPINHO, Sérgio. *Curso de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 336.

teve ampliado seu rol de atribuições, já que às do art. 142 da LSA somaram-se aquelas relacionadas nos arts. 8º e 18 da LE e nos arts. 27, §3º, 32 e 37, §2º, do Decreto: alteração do estatuto social e do capital social; eleição e destituição de conselheiros a qualquer tempo; elaboração e aprovação da “carta anual”; discussão, aprovação e monitoramento das “decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes”; implementação e supervisão de sistemas de controle interno e de gestão de riscos, inclusive aqueles “relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e os relacionados à ocorrência de corrupção e fraude”; uniformização da “política de porta-vozes”, com o fito de uniformizar o gerenciamento e a coerência das informações; avaliação do desempenho da diretoria, de acordo com critérios objetivos; avaliação do atingimento de metas e resultados previstos no plano de negócios e na estratégia de longo prazo.

Ainda sob o aspecto da administração, as sociedades de economia mista deverão contar com *Diretoria* composta por ao menos três integrantes, com mandato máximo de dois anos, sujeitos no máximo a três reconduções consecutivas (LE, art. 13, incs. II e VI). Aos diretores, eleitos (e destituídos) pelo Conselho de Administração (LSA, art. 142, inc. II), é atribuída a representação das companhias (LSA, art. 144).

Os diretores devem preencher os requisitos já indicados para os membros do Conselho de Administração, além de requisito adicional previsto no respectivo estatuto (Decreto, art. 24, inc. II), além da formal “assunção de compromisso com metas e resultados específicos a serem alcançados” (LE, art. 23, *caput*; Decreto, art. 37, *caput*), sendo aqui aplicáveis as mesmas considerações anteriormente expendidas. Devem, ainda, residir no país (Decreto, art. 28, §5º).

Em atenção ao art. 143 da LSA, o estatuto da companhia deverá indicar o número de diretores e o número máximo permitido; o modo de sua substituição; as atribuições e os poderes de cada diretoria.

Considerando a potencial dispersão acionária a que estão sujeitas, nas sociedades anônimas assume extrema importância a figura do *acionista controlador*, pessoa natural ou jurídica titular de direitos de sócio que, de modo permanente, detém “a maioria dos votos nas deliberações da Assembleia Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia”, e assim “usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (LSA, art. 116, *caput*).

O que está subjacente à noção de controle é o poder de ditar os rumos do empreendimento, de orientar as atividades da empresa na direção de seus objetivos. Ou seja, *o controle transcende a mera preponderância de votos na assembleia, tornando necessário “a) que esse controle se dê de modo permanente e estável; e b) que a(s) pessoa(s) detentora(s) do poder de controle utilize(m)-se dele para imprimir à sociedade a marca de sua atuação”*.²⁶

Em que pese a existência de outras modalidades de controle (como controle gerencial ou pelo uso do direito de veto) no caso das empresas estatais, o controle interno exercido pelos entes públicos (União, estados, Distrito Federal, municípios ou entidades da administração indireta) é do tipo majoritário, fundado na propriedade da maioria das “ações com direito a voto” (LE, art. 4º, *caput*).

O controle acionário constitui espécie de *poder-dever*, de caráter eminentemente funcionalizado (voltado à realização do objeto da empresa e ao cumprimento dos objetivos de políticas públicas), assumindo seu detentor um plexo de “deveres e responsabilidades” que extrapolam os limites da companhia, abarcando os demais acionistas, os empregados e a própria comunidade na qual está inserida (LSA, art. 116, p. único).²⁷

A esses deveres a LE acrescenta aqueles descritos por seu art. 14: I) o de consignar do Código de Conduta e Integridade da empresa estatal a proibição de indevida divulgação (isto é, sem prévia autorização do órgão competente) de informação que possa impactar a cotação de seus títulos (o que se aplica, logicamente, às companhias abertas) ou seu relacionamento com o mercado, com fornecedores ou consumidores; II) preservar a independência do Conselho de Administração no exercício de suas funções; III) fazer cumprir a política de indicação na escolha dos administradores e membros do Conselho Fiscal.

E a propósito do *Conselho Fiscal*, a Lei nº 13.303/2016 trouxe as seguintes disposições específicas: atuação de forma permanente (art. 13, inc. IV, o que já é determinado na LSA, art. 240); o prazo de gestão de seus membros é de dois anos, permitidas duas reconduções consecutivas (art. 13, inc. VIII); seus membros devem ser residentes no país, com formação

²⁶ Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, *Curso avançado de direito comercial*, op. cit., p. 299.

²⁷ Nesse sentido, dispõe o art. 26 do Decreto nº 8.945/2016: “A pessoa jurídica que controla a empresa estatal tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da empresa estatal, respeitado o interesse público que justificou a sua criação”.

acadêmica compatível²⁸ e experiência profissional de no mínimo três anos em “cargo de direção ou assessoramento na administração pública ou cargo de conselheiro fiscal ou administrador em empresa” (art. 26, §1º); ao menos um conselheiro será indicado pelo acionista controlador, sendo escolhido entre servidores públicos com vínculo permanente com a administração pública (art. 26, §2º); os conselheiros fiscais não poderão receber participação nos lucros da empresa ou remuneração superior à paga aos membros do Conselho de Administração (Decreto, art. 40, §1º).

Quanto às vedações, não poderão ser indicados para o Conselho Fiscal os indicados no art. 29, *caput*, incs. I, IV, IX, X e XI, do mencionado Decreto (art. 41, inc. IV).

Justamente para aferir o cumprimento da extensa relação de requisitos a serem preenchidos pelos membros do Conselhos de Administração e do Conselho Fiscal, as empresas estatais deverão contar com um *Comitê de Elegibilidade* (LE, art. 10), cujas atribuições vêm descritas no art. 21 do Decreto.

O prazo para que o comitê delibere acerca das indicações é de oito dias úteis, contados do recebimento dos formulários, depois dos quais os nomes serão considerados tacitamente aprovados, com a “responsabilização dos seus membros caso se comprove o descumprimento de algum requisito” (Decreto, art. 22, §2º).

Por fim, foi instituído no âmbito das empresas estatais o *Comitê de Auditoria Estatutário* (LE, art. 13, inc. V), órgão vinculado ao Conselho de Administração, de função opinativa e fiscalizadora, composto por um mínimo de três e um máximo de cinco membros, com “experiência profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo, preferencialmente na área de contabilidade, auditoria ou no setor de atuação da empresa”. Ao menos um deve possuir “reconhecida experiência em assuntos de contabilidade societária” (LE, art. 25, *caput*, e §2º; Decreto, art. 39, §5º).

Os seus integrantes, eleitos e destituídos pelo Conselho de Administração, devem cumprir as exigências do art. 25, §1º, da Lei e do art. 39, §1º, do Decreto, e exercem mandatos não coincidentes de dois ou três anos. Não há possibilidade de membros suplentes (Decreto, art. 39, §§8º e 9º).

O órgão congrega uma ampla gama de atribuições, entre as quais se destacam: a supervisão dos mecanismos de controle interno; o monitoramento

²⁸ Por formação acadêmica compatível para composição do Conselho Fiscal, considera-se a graduação ou pós-graduação em quaisquer das áreas relacionadas no art. 62, §2º, inc. I, do Decreto nº 8.945/2016.

da qualidade e integridade das informações empresariais divulgadas; a elaboração de relatório anual com indicação das atividades desenvolvidas e das informações coletadas, além das conclusões e recomendações do órgão; o recebimento de denúncias, inclusive anônimas, no tocante a matérias relacionadas com suas atividades (LE, art. 24, §§1º e 2º; Decreto, art. 38, §1º).

Para o desempenho de suas funções, o Comitê de Auditoria Estatutário deve contar com autonomia operacional e dotação orçamentária própria, sendo possível a utilização de especialistas externos independentes (LE, art. 24, §7º; Decreto, art. 38, §7º).

Nesse aspecto, portanto, a Lei das Estatais pode auxiliar a reduzir “o déficit de capacidade de produzir resultados socialmente desejado, revertendo o padrão patrimonialista de ação estatal e, finalmente, o déficit de *accountability*, reduzindo os graus de discricionariedade das autoridades governamentais”.²⁹

4. O controle de meios e fins nas empresas estatais³⁰

Sob o enfoque pretendido neste artigo, as empresas estatais representam o instrumento que concretiza a opção do Estado por explorar diretamente uma dada atividade econômica, visando a obtenção de certos resultados relevantes do ponto de vista social (destinados à manutenção da segurança nacional ou ao atendimento de interesse coletivo de especial relevância).

Esse aspecto atrai uma série de mecanismos de fiscalização muito mais intrusivos do que aqueles aplicáveis aos empreendimentos empresariais privados, pois se está adiante de uma atividade funcionalizada: emprego de recursos públicos escassos para obtenção de resultados socialmente relevantes.

Não é o foco deste trabalho o exame dos instrumentos de controle externo da atividade pública empresarial (concernentes à tutela administrativa), mas sim dos instrumentos de controle interno (de índole societária, portanto),

²⁹ DINIZ, Eli. Estado, globalização e desenvolvimento em contexto pós-neoliberal: retomando um antigo debate. In: MANCUSO, Wagner Pralon; LEOPOLDI, Maria Antonieta Parahyba; IGLECIAS, Wagner. *Estado, empresariado e desenvolvimento no Brasil: novas teorias, novas trajetórias*. São Paulo: Cultura, 2010. p. 52.

³⁰ O termo “controle” é aqui empregado na acepção de fiscalização, no poder-dever de “verificar a legitimidade (razão jurídica) e a oportunidade (razão política) da forma (procedimento) e o fim (causa final) da atuação pública, de modo a constatar a correspondência entre ‘antecedente e consequente’”. FRANÇA, Phillip Gil. *Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 100.

trazidos pela Lei nº 13.303/2016, na perspectiva de que, para o cumprimento de seus objetivos, “as empresas estatais devem estar sujeitas a menos e mais simples controles e aos controles mais afeto à sua natureza empresarial”.³¹

O pano de fundo da aprovação do estatuto jurídico das empresas públicas, depois de quase 18 anos da promulgação da Constituição da República, foi o envolvimento de uma sociedade de economia mista do ramo energético num episódio de corrupção de enormes proporções.³²

A circunstância histórica, portanto, serviu como elemento potencializador dos imperativos de controle da ação estatal, dando uma feição própria à Lei das Estatais, orientada pela disponibilização, sistematização e análise de informações relevantes,³³ a fixação de critérios objetivos de eficiência, a análise de resultados e a instituição de novas instâncias fiscalizatórias no âmbito das empresas estatais.

E o princípio sobre o qual se assenta toda atividade fiscalizatória da atuação empresarial pública é o de que a atividade econômica e a atividade política, conquanto complementares e mutuamente dependentes,³⁴ têm racionalidades muito diversas, que demandam a utilização de canais de comunicação específicos, sob pena de uma indevida interferência gerencial e da frustração dos objetivos da empresa.

Ainda que já houvesse instrumentos e referenciais fiscalizatórios disponíveis no âmbito societário,³⁵ a Lei das Estatais se preocupou em fixar requisitos

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 324. Nessa linha, o autor aponta a primazia dos controles societários sobre os administrativos.

³² Para uma visão geral do caso: <www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 6 fev. 2018.

³³ A só circunstância de as companhias conjugarem capitais para formação de um patrimônio independente, que garante a responsabilidade limitada dos acionistas, impõe um dever de publicidade, que, evidentemente, é reforçado pela presença de recursos públicos. A propósito, adverte Ascarelli, “[d]e um lado, a publicidade relaciona-se com a constituição da pessoa jurídica, à vista da importância que assume, perante os terceiros, a constituição de um patrimônio separado; [...]. De outro lado, a publicidade acompanha o desenvolvimento da vida social, proporcionando aos terceiros a possibilidade de uma avaliação das suas modificações estatutárias e da sua gestão”. ASCARELLI, Tullio. *Princípios e problemas das sociedades anônimas*. In: _____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 466.

³⁴ Natalino Irti destaca que o mercado é *locus artificialis*, uma ordem que deriva não da natureza, mas da técnica do direito, que por sua vez é moldada por decisões políticas que conformam a economia. O mercado é composto por vários e sucessivos acordos concretos, celebrados entre sujeitos determinados, que só se tornam inteligíveis e ganham unidade se são ordenados segundo os parâmetros da lei, o que demonstra a mútua dependência entre a economia e a política. IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 3. ed. Roma: Laterza, 2003. p. 11.

³⁵ Sirvam como exemplos, além dos mecanismos previstos na Lei nº 6.404/1976: o “Programa Destaque em Governança de Estatais” lançado pela Bovespa em 2015 (disponível na sua

mínimos de transparência e mecanismos de mensuração de resultados (arts. 8º a 10, 12, 13, incs. III e V, 24 e 25), tendentes a tornar acessíveis à população e aos acionistas minoritários as informações necessárias ao exame da regularidade e adequação da atividade empresarial aos fins que justificaram sua criação, sem que isso, por outro lado, represente uma indevida interferência nos rumos da gestão empresarial (art. 90).

Com efeito, a determinação de que aquelas informações diretamente ligadas à atividade empresarial (referentes às atividades desenvolvidas, à situação econômico-financeira, à remuneração dos administradores e aos resultados obtidos) sejam veiculadas em “linguagem clara e direta” (LE, art. 8º, incs. III e VIII), inclusive com sua divulgação cumulativa e permanente na internet (LE, art. 8º, §4º), revela a preocupação com a prevenção de eventuais condutas desviantes,³⁶ viabilizando que os acionistas minoritários e a opinião pública deixem de ser meros espectadores da atuação do acionista controlador.³⁷

E aqui há um aspecto que merece ser destacado.

A preocupação demonstrada pelo legislador com o resultado da atividade empresarial do Estado, a ser mensurada por meio de indicadores objetivos (LE, arts. 8º, incs. I e III, e 13, inc. III), reafirma que, a par da consecução dos objetivos de políticas públicas, as empresas estatais que exploram atividades econômicas (aqui consideradas em sentido amplo) também devem ser direcionadas à busca do lucro, aqui entendido como “resultado positivo no balanço financeiro da entidade empresarial”.³⁸

versão já atualizada em: <www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/governanca-de-estatais>. Acesso em: 6 fev. 2018); Ofício Circular nº 2/2015/CVM/SEP, que trouxe “orientações gerais sobre procedimentos a serem observados pelas companhias abertas, estrangeiras e incentivadas” (disponível em: <www.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sep/oc-sep-0215.html>. Acesso em: 6 fev. 2018).

³⁶ ORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da administração pública brasileira. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 102, p. 30, mar./abr. 2017.

³⁷ Ainda que em contexto diverso, é relevante a observação de que, “[e]m linhas gerais, todos esses esforços [para instituição de medidas de governança corporativa] visam dar mais proteção e garantias aos investidores minoritários, dotando-lhes de um maior número de mecanismos para fiscalizarem e monitorarem as ações dos controladores, e receberem mais informações sobre as companhias”. SHAYER, Fernando. Governança corporativa e ações preferenciais — dilema do legislador brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 126, p. 75-76, abr./jun. 2002.

³⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda. O lucro nas empresas estatais. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 37, abr./jun. 2012. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79745>. Acesso em: 30 jan. 2018

E, a despeito de respeitáveis opiniões em sentido contrário, o lucro não configura interesse público secundário, mas sim um objetivo necessariamente eleito pelo Estado (ao lado daqueles de “políticas públicas”) quando optou por trilhar a via empresarial de economia mista, já que outra não será a intenção do capital privado ao se associar ao capital público.

Se a ideia de lucro não pode ser a única preocupação do Estado quando adota a vestimenta empresarial, certamente não pode ser esquecida ou relegada a um plano subalterno, sob pena da própria descaracterização da empresa, que, nos casos de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, ostenta inegável dignidade constitucional.

Não se trata aqui apenas de garantir a distribuição de dividendos aos acionistas (controlador e minoritários), mas sim de dar efetividade ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*), quando menos para evitar que os recursos orçamentários sejam empregados para o custeio das empresas estatais, inviabilizando o investimento em áreas socialmente relevantes como saúde, educação e segurança.

E basta o retorno à notícia inicialmente referida, de que a União direcionou mais de R\$ 40 bilhões às empresas estatais federais no biênio 2015-16 para verificar-se a necessidade de um novo modelo de gestão, pois “é justamente essa busca do lucro, em prol da realização do interesse público, que constitui uma das principais justificativas para a opção pelo modelo empresarial na Administração Pública”.³⁹

O perene conflito entre interesses públicos e privados, classificado por Bilac Pinto como “defeito insanável” que acarretou o declínio dessa forma de arranjo societário,⁴⁰ serve em verdade para realçar a necessidade de que o papel desempenhado pelo Estado por meio das sociedades de economia mista seja circunstancial, “fazendo-se retornar o empreendimento à iniciativa privada tão logo sejam afastadas as situações de exceção que justificaram a sua criação e manutenção”.⁴¹

³⁹ Ibid.

⁴⁰ PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 5 e ss., 1953.

⁴¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função*. Curitiba, Juruá, 1999. p. 122.

5. Empresas estatais: instrumentos para um “capitalismo para o povo”?

O papel das empresas estatais no sistema brasileiro pode ser examinado à luz dos aportes trazidos por Luigi Zingales, ao sustentar que, por uma série de fatores (históricos, geográficos, culturais e políticos), o sucesso do regime capitalista nos EUA decorre justamente da percepção de que o sucesso resulta mais do esforço pessoal e do constante aprimoramento do que de relações pessoais.

Daí decorre que o sistema de livre mercado possibilita (i) a limitação de lucros extraordinários pela concorrência, e, por consequência, limita desigualdades; (ii) que os consumidores desfrutam dos benefícios da inovação e tenham liberdade de escolher; (iii) a pressão no sentido da eficiência, e, portanto, da meritocracia, fazendo com que as responsabilidades sejam designadas aos mais capazes, que recebem recompensas proporcionais por isso.⁴²⁻⁴³

O desvirtuamento do sistema levaria ao “capitalismo de compadrio”, no qual a competência cede lugar aos laços de sangue e amizade, com a redução da concorrência e do desempenho das empresas, que, em vez de buscarem inovação, passam a procurar por conexões políticas.⁴⁴

O exame das empresas estatais brasileiras dessa perspectiva não é uma tarefa desprovida de dificuldades, pois o fato de seu controle acionário pertencer ao poder público faz naturalmente com que as escolhas sejam permeadas por um viés político.

⁴² ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave para prosperidade americana*. Tradução de Augusto Pacheco Calil. São Paulo: BEI Comunicação, 2015. p. 26.

⁴³ É importante destacar que não se está a defender a mera transposição acrítica de instituições desenvolvidas em outros países para a realidade brasileira, sobretudo diante da constatação de que muitos dos países desenvolvidos “[...] não seriam o que são hoje se tivessem adotado as políticas e as instituições que agora recomendam às nações em desenvolvimento”. CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tradução de Luiz António Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004. p. 13. O que se sustenta, sim, é a possibilidade de aprendizagem com a experiência histórica daqueles que já trilharam o caminho que estamos agora a percorrer, de modo a definirmos qual é o exato papel das instituições na construção do desenvolvimento nacional.

⁴⁴ “[...]. Os mercados livres e competitivos são os criadores da maior riqueza jamais vista na história humana. Mas, para que a magia dos mercados funcione, a arena deve ser mantida em condições de igualdade e aberta a novos participantes. Quando tais condições estão ausentes, os livres mercados degeneram em monopólios ineficientes — e, quando esses monopólios estendem seu poder à arena política, entramos no domínio do capitalismo de compadrio [...]”. Luigi Zingales, *Um capitalismo para o povo*, op. cit., p. 40.

Mas se essa foi a tônica desde o início do processo de industrialização brasileiro, há a premente necessidade de que novos critérios sejam considerados: sem prejuízo de avaliações políticas, os mais capazes devem ter a oportunidade de acesso a cargos de chefia; as metas devem ser previamente definidas, em termos objetivos e realistas; os resultados devem ser medidos, comparados e divulgados; devem ser atribuídos os louros da vitória ou os ônus do fracasso aos gestores da coisa pública.

Apenas assim as empresas públicas atenderão integralmente os princípios constitucionais da livre concorrência e da plena acessibilidade aos cargos públicos (arts. 37, inc. I, e 170, inc. IV).

Por outro lado, a sociedade não pode ser mais a garantidora universal de empreendimentos orientados apenas por objetivos políticos, sem compromissos com resultados objetivos. Mas para isso deve assumir um papel ativo de controle, inerente a todos aqueles que, sendo detentores do poder, transferem seu exercício a outrem (Constituição da República, art. 1º, p. único).

Vista sob esse aspecto, a Lei nº 13.303/2016 possibilita uma correção dos rumos na atuação das empresas estatais, transformando-as em instrumentos capazes de promover o efetivo desenvolvimento nacional e a justiça social, o que, ao fim e ao cabo, são objetivos fundamentais da República (art. 3º, incs. I e II, do texto constitucional).

6. Considerações finais

Seria ingênuo supor que a Lei das Estatais represente, por si só, uma mudança de paradigmas e uma ruptura com praxes consolidadas ao longo dos anos.

Não se pretende com isso a “demonização da política”, pois a democracia pressupõe o convívio de interesses colidentes na esfera pública. O que se busca, apenas, é que não seja esta a única força atuante na condução dos assuntos públicos, já que eficiência e livre concorrência são princípios de magnitude constitucional, que não podem ser afastados. Trata-se, portanto, de envidar esforços para mudar um quadro em que o Estado-empresário “padece de acomodação e tende a produzir maus resultados, no qual [a] médio prazo, a intervenção estatal deságua na obsolescência e insolvência, como regra”.⁴⁵

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 120, abr. 1998.

Ao consolidar uma série de mecanismos de informação e controle que já existiam de forma esparsa, bem como ao inserir expressamente aspectos concernentes à ética e à sustentabilidade na gestão da coisa pública (p. ex., arts. 8º, inc. VII, 9º, §1º, inc. I, e 27, §§1º e 2º), tem ela o mérito de reforçar a necessidade de um ajuste de rumos para a sociedade brasileira, auxiliando na redução do déficit na produção de resultados socialmente desejados, e na adequação dos graus de discricionariedade das autoridades governamentais.⁴⁶

Seus efeitos concretos, contudo, dependem de uma mudança cultural que dissemine a percepção de que poder e controle são duas faces de uma mesma moeda, cabendo à sociedade o exercício de um papel ativo na gestão de interesses que, em última análise, são seus. Nessa perspectiva, como destacou Engler Junior, é manifesta a “conveniência de submeter ao escrutínio da sociedade civil as principais decisões sobre a forma de atuação das empresas estatais, incluindo os objetivos a serem priorizados”.⁴⁷

Será o exercício contínuo e reiterado da cidadania ativa, num processo de tentativa e erro e de constante aprendizagem, que levará ao aperfeiçoamento do aparato político-institucional, possibilitando que as empresas estatais ocupem seu lugar de direito na construção de uma nação desenvolvida.

Sem olvidar a preponderância da consecução dos interesses públicos inerentes à atuação estatal na economia, o reconhecimento da importância do lucro e da competitividade, devidamente orientados por parâmetros éticos, poderá contribuir de maneira fundamental para esse propósito.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique. A questão da empresa estatal: economia, política e interesse público. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 19, p. 95-105, out. /dez. 1979.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁴⁶ Eli Diniz, Estado, globalização e desenvolvimento em contexto pós-neoliberal, op. cit., p. 52.

⁴⁷ Mario Engler Pinto Junior, *Empresa estatal*, op. cit., p. 229-230.

ASCARELLI, Tullio. Princípios e problemas das sociedades anônimas. In: _____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 452-511.

BARROSO, Luís Roberto. Intervenção no domínio econômico — Sociedade de Economia Mista — abuso do poder econômico (parecer). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 303-346, abr./jun. 1998.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 10 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. Decreto n. 8.945, de 27 de dezembro de 2016. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 dez. 2016. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. Lei 12.353, de 28 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a participação de empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 dez. 2010. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12353.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º jul. 2016. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. *Comentários à lei das sociedades por ações*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

_____. *Comentários à lei das sociedades por ações*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, t. I.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. O Programa de Parceria de Investimentos (PPI) e o papel do Estado na economia. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, a. 15, n. 57, p. 191-204, jan./mar. 2017.

DINIZ, Eli. Estado, globalização e desenvolvimento em contexto pós-neoliberal: retomando um antigo debate. In: MANCUSO, Wagner Pralon; LEOPOLDI, Maria Antonieta Parahyba; IGLECIAS, Wagner. *Estado, empreariado e desenvolvimento no Brasil: novas teorias, novas trajetórias*. São Paulo: Cultura, 2010. p. 37-57.

FRANÇA, Phillip Gil. *Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

GADELHA, Igor; LINDNER, Julia. Indicações políticas ainda predominam em bancos oficiais. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 26 jan. 2018. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,indicacoes-politicas-ainda-predominam-em-bancos-oficiais,70002166048>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das companhias ou sociedades anônimas*. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

____. Constituição e serviços públicos. In. ____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-267.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 3 ed. Roma: Laterza, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109-133, abr. 1998.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 190, p. 54-60, out./dez. 1992.

LIMA, Flávia. Nos últimos 2 anos, estatais custaram R\$ 40 bilhões à União. *Folha de S.Paulo*, 9 jan. 2018. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/01/1949017-nos-ultimos-2-anos-estatais-custaram-r-40-bilhoes-a-uniao.shtml>. Acesso em: 30 jan. 2018.

LOBO, Jorge. *Direito dos acionistas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da administração pública brasileira. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, 1953.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função*. Curitiba: Juruá, 1999.

____; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Dogmática no século XXI: A lei versus a prática nas sociedades estatais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.55, nº 220, p. 197-214, out./dez. 2018. ____

SHAYER, Fernando. Governança corporativa e ações preferenciais — dilema do legislador brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 126, p. 75-86, abr./jun. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: ____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 264-285.

ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. Tradução de Augusto Pacheco Calil. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.